

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

MARIANE NISHI GOMES KOBORI

**CONFRONTOS CONSTITUCIONAIS CONTIDOS A PARTIR DA PERSPECTIVA
DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO CRIME
DE ABORTO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL - RO
2017

MARIANE NISHI GOMES KOBORI

**CONFRONTOS CONSTITUCIONAIS CONTIDOS A PARTIR DA
PERSPECTIVA DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE EXCLUDENTE
DE ILICITUDE DO CRIME DE ABORTO**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor Esp. William Ricardo Grilli Gama.

**CACOAL - RO
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

K75c Kobori, Mariane Nishi Gomes.

Confrontos constitucionais contidos a partir da perspectiva de ampliação das hipóteses de excludente de ilicitude do crime de aborto / Mariane Nishi Gomes Kobori. -- Cacoal, RO, 2017.

84 f. : il.

Orientador(a): Prof. Esp. William Ricardo Grilli Gama

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Aborto. 2. Direito. 3. Vida. 4. Autonomia. I. Gama, William Ricardo Grilli. II. Título.

CDU 342

**CONFRONTOS CONSTITUCIONAIS CONTIDOS A PARTIR DA PERSPECTIVA
DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO CRIME
DE ABORTO**

MARIANE NISHI GOMES KOBORI

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Esp. William Ricardo Grilli Gama - UNIR - Presidente

Professor Me. Telmo de Moura Passareli – 1º Integrante

Professor Me. Gilson Tetsuo Miyakava – 2º Integrante

Conceito: 88.

Cacoal, 19 de Julho de 2017.

Dedico este trabalho aos meus queridos e amados pais, Ricardo e Maria Juvenila que fizeram esse momento se tornar possível.

Aos meus familiares e amigos que me acompanharam e torceram por mim nessa árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me deu forças nos momentos difíceis para que eu chegasse até aqui.

À minha família pelo apoio e paciência que tiveram comigo até este momento, pois, sem eles, nada disso seria possível.

Ao Professor Esp. William Ricardo Grilli Gama, pela ajuda na elaboração deste trabalho.

À minha amiga Victória, que dividiu mais que uma sala de aula comigo, dividiu também seu lar e seus familiares, que me acolheram sempre com muito carinho nos momentos em que precisei.

À minha amiga Camila pela ajuda em alguns momentos para que esse trabalho se concretizasse.

Aos meus queridos amigos, que sempre incentivaram, meu crescimento profissional e pessoal.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas, ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana”.

(Carl Gustav Jung)

RESUMO

A presente monografia apresenta os confrontos constitucionais entre a autonomia feminina e o direito à vida na eventual ampliação das excludentes de ilicitude do crime de aborto nas hipóteses previstas na redação original do Projeto de Lei n. 236/2012. A redação original do Projeto de Lei n. 236/2012 inseria, no art. 128, a possibilidade da autorização da interrupção voluntária da gravidez pela gestante até a décima segunda semana de gestação, quando um médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas para lidar com a maternidade, além da possibilidade de descriminalização da prática de aborto nos casos de anencefalia fetal. Porém, o então relator do projeto na época decidiu, posteriormente, retirar a previsão sob o argumento de inconstitucionalidade, permanecendo somente a previsão da excludente de ilicitude nos casos de gestação de feto anencefalo. Ocorre que ainda há entendimentos de que, dentro de uma concepção de dignidade da pessoa humana, deve-se levar em conta não apenas o feto, mas também a gestante. Assim, observa-se uma colisão de direitos. Lado outro, deve ser levado em a responsabilidade do Estado na implementação de políticas públicas. Na realização do trabalho, foi utilizado o método hipotético-dedutivo. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Aborto, direito, vida, autonomia.

ABSTRACT

This monograph presents constitutional confrontations between the female autonomy and the right to life in the eventual extension of the exclusions of illegality of the crime of abortion, exemplifying in the hypotheses foreseen in the original wording of Project of law n. 236/2012. The original wording of Project of law n. 236/2012 insert, in art. 128, the possibility of the authorization of voluntary termination of pregnancy by the pregnant woman until the twelfth week of gestation, when a doctor or psychologist finds that the woman does not present psychological conditions to deal with maternity, besides the possibility of decriminalizing the practice of abortion in the Cases of fetal anencephaly. However, the then rapporteur of the project at the time decided later to withdraw the prediction under the argument of unconstitutionality, remaining only the prediction of exclusion of illegality in cases of gestation of anencephalus. It occurs that there are still understandings that, within a conception of the dignity of the human person, one must take into account not only the fetus, but also the pregnant woman. Thus, a collision of rights is observed. On the other hand, it must be taken on the responsibility of the State in the implementation of public policies. The hypothetical-deductive method was used in the study. The technical procedure applied was the one of bibliographical research.

Keywords: Abortion, right, life, autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
1.2 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE INÍCIO DA VIDA E INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	14
1.3 DIREITO À VIDA X DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER	16
2 ABORTO SOB O PERSPECTIVA NORMATIVA	21
2.1 A LIMITAÇÃO DO ABORTO EM FACE DO DIREITO À VIDA.....	22
2.2 ABORTO E SUAS ESPÉCIES CRIMINOSAS.....	24
2.3 EXCLUDENTES DE ILÍCITUDE NO CRIME DE ABORTO: ABORTO NECESSÁRIO E HUMANITÁRIO	26
3 O ABORTO NO PLS 236/2012 E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUENCIA NAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL	29
3.1 O PROJETO DE LEI DO SENADO 236/2012 E HABEAS CORPUS Nº 124.306	30
3.2 ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA FETA – ADPF 54	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS.....	39
OBRAS CONSULTADAS	42
ANEXOS	
ADPF 54.....	43
HABEAS CORPUS Nº 124.306	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os confrontos constitucionais da eventual ampliação das hipóteses de aborto bem como os possíveis impactos sociais ocasionados por tais alterações.

O aborto ilegal tornou-se um problema de saúde pública. Clínicas clandestinas realizam o procedimento sem nenhum controle e fiscalização, que em muitas vezes, acabam por causar o óbito da gestante devido à má realização do procedimento.

Sendo assim, a análise acerca das ampliações de eventuais hipóteses de aborto a partir dos princípios constitucionais é de fundamental importância por trazer conhecimentos não só jurídicos, mas também por proporcionar uma análise do tema em seu aspecto social.

Observa-se que o tema levanta muitos questionamentos constitucionais, principalmente envolvendo princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Magna que, em seu art.5º caput, trata a respeito da inviolabilidade do direito à vida. Nesse sentido, há de se mencionar também a proteção que traz o Pacto de San José da Costa Rica que, em seu art. 4, assevera que toda pessoa deve ter seu direito à vida respeitado, estabelecendo que tal direito deva ser resguardado pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção.

A partir daí, dá-se início a outros questionamentos a respeito do início da vida intrauterina, e a partir de quando a vida intrauterina começa, sendo essa definição necessária para definir o aborto e até para sua distinção do homicídio. Nesse sentido, alguns penalistas definem o homicídio como eliminação da vida humana extrauterina praticada por outrem e o aborto como a eliminação da vida humana endouterina, sendo essas definições de grande importância para devida tipificação do crime.

Ademais, outro ponto controvertido que podemos observar é na própria Constituição que, em seu art. 226, parágrafo 7º, dispõe sobre a paternidade responsável. Traz o planejamento familiar como decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Pode-se observar, assim, dois importantes confrontos de preceitos fundamentais: de um lado, o direito à vida; e, de outro, o planejamento familiar e a autonomia reprodutiva da mulher, que vem sido discutida em tratados internacionais, e trazem o direito das mulheres como direitos humanos fundamentais.

Há de se falar também que, nesse contexto, deve-se pensar nas políticas públicas adotadas para o atendimento do crescente do número de mulheres que passam por procedimentos mal-sucedidos em clínicas clandestinas, nas quais acabam se tornando vítimas de tais procedimentos, precisando, muitas vezes, dos devidos atendimentos hospitalares para a sua recuperação, o que nem sempre é possível e, por vezes, podendo até vir a óbito. Nesse sentido, é necessário que se analise o custo para o estado tratar as sequelas deixadas pelo aborto ilegal feito sem nenhum cuidado e atenção à saúde da mulher.

Nota-se, assim, que o assunto não trata apenas de levantamentos jurídicos, mas também de estudos sociais, econômicos e psicológicos que, muitas vezes, são imperceptíveis e acabam causando impactos diretos na sociedade.

Ademais, apesar de tal proposta ter sido retirada da redação do Projeto de Lei do Senado 236/2012, a discussão ainda se mostra pertinente, visto que ainda há a possibilidade de, posteriormente, o assunto voltar a ser discutido ou até mesmo a ser inserido no ordenamento, visto que o Projeto de Lei 236/2012 encontra-se em tramitação e a Comissão de Constituição Cidadania e Justiça aprovou, na quarta feira, dia 14 de junho de 2017, o requerimento de audiência pública para instruir a votação do referido projeto de lei.

Desse modo, importante se faz a análise e o estudo das possibilidades jurídicas para a solução dos impasses a respeito da proteção da vida e da proteção do direito da autonomia feminina diante da modificação jurídica que, possivelmente, o ordenamento pode vir a sofrer. Faz-se necessário também compreender as possíveis alterações sociais que podem causar a ampliação das eventuais hipóteses de aborto ao se analisar a sistemática das medidas de implantação que poderão ser adotadas com o advento de tais ampliações.

Visto isso, o presente trabalho pretende analisar criticamente os preceitos fundamentais da mulher, tais como o da autonomia reprodutiva, a igualdade entre gêneros e, primordialmente, a liberdade de escolha, que acabam, por muitas vezes, controvertidos com os direitos fundamentais em relação à vida.

Na realização do trabalho, foi utilizado o método hipotético-dedutivo. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica.

1 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Para o Oliveira (2006, p. 79), direitos fundamentais “são os considerados indispensáveis à pessoa humana, e que são reconhecidos e garantidos por uma determinada ordem jurídica”.

O autor trata, ainda, da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos no qual aduz que os direitos do homem expressam a ideia de direitos naturais. Observa-se que a doutrina traz inúmeras terminologias e definições nesse sentido, tais como: direitos humanos, direitos naturais, direitos individuais, dentre outros.

Novelino (2011), em sua obra, classifica os direitos humanos como sendo os derivados de tratados e convenções internacionais, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos humanos constantes na constituição de cada país. Sendo assim, seu conteúdo pode variar de um estado para outro.

Bittencourt (2007) acredita que a expressão Direitos Fundamentais está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o ser humano deve, primeiramente, possuir as condições necessárias para o exercício e o desenvolvimento desse direito em todas as suas dimensões.

Os direitos Fundamentais revelam os valores dos seres humanos, que refletem e fundamentam as normas jurídicas basilares da sociedade (ROTHENBURG, 2014).

Já os princípios fundamentais se tratam dos princípios estruturantes que regem a Constituição Federal de 1988, sendo esses princípios pilares para as normas constitucionais. Nesse sentido, Bittencourt (2010, p. 32) dispõe que:

As normas jurídicas podem se diferenciar em princípios e regras. Os princípios consubstanciam uma unidade de valores jurídicos fundamentais para o Estado, enquanto as regras delimitam com maior precisão como deve ser a conduta do indivíduo na sociedade.

Dentro desse conteúdo, é possível deparar-se com temáticas como: os fundamentos da Constituição, seus objetivos e os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais.

Tais princípios se localizam nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal. Entretanto, no presente trabalho, é necessário se dar mais ênfase aos temas relativos aos artigos 1º e 3º, pois, nesses dispositivos, encontram-se os princípios de maior relevância temática para o trabalho em questão.

Dessa forma, o texto do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Já o texto do artigo 4º da Carta Magna preceitua que:

Artigo 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Diante do exposto, verifica-se, para o presente trabalho, uma maior relevância para os Artigos 1º, inciso III e o Artigo 4º, que tratam expressamente da dignidade da pessoa humana e da não intervenção do Estado.

Outro diploma legal de fundamental abordagem se encontra no título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, temas estes indispensáveis à análise do tema em questão.

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Faz-se necessário, no presente trabalho, a análise detida e detalhada do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem ele, os demais direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988 correm o risco de serem prejudicados.

Expressamente o Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, prevê que tal princípio faz parte dos fundamentos que rejem o país. Nesse sentido, Novelino (*apud* CANOTILHO 2016, p. 252), em sua obra, traz a importância da previsão legal desse princípio no ordenamento:

O fato de ser cada vez maior o número de declarações universais de direitos e de constituições que consagram expressamente é relevante na medida em que confere a esta noção *caráter jurídico*. Vale dizer: a positivação impõe que a dignidade, enquanto valor originalmente moral, seja reconhecida também como um valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade. [...] (grifo do autor)

Moraes (2011, p. 48) conceitua a dignidade da pessoa humana como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida” [...]

Para Novelino (2016, p. 252), apesar de positivada, “A dignidade, em si, não é um direito, mas uma *qualidade intrínseca* a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito.” (*grifo do autor*)

Já Ramos (2014, p. 74-75) traz que:

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana confere-lhes *contúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma *qualidade* inerente a todo ser humano, sendo um *valor* que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção. (grifo do autor)

Nesse sentido, para os constitucionalistas contemporâneos, os demais direitos como a vida, a liberdade, a igualdade e muito outros, somente encontram fundamentos se analisados conjuntamente e em conformidade com o princípio da dignidade humana. É por este motivo que certos autores aduzem que questões de

limitações, como o aborto e a eutanásia, revelam discussões a cerca da dignidade da pessoa humana, em razão dos direitos à liberdade e à vida biológica serem analisados de forma conflitante (FERNANDES, 2012).

Assim, diante dessas concepções, observa-se a importância de se discutir o aborto sob o aspecto da dignidade humana, uma vez que tal direito não se relaciona tão somente com direito à vida, mas se relaciona, também, diretamente com os direitos das mulheres, e até mesmo com os próprios direitos do feto de, ao nascer, ter uma vida digna.

1.2 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE INÍCIO DA VIDA E INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O conceito de aborto trata, a grosso modo, de retirar a vida do feto. No entanto, a definição não é tão simples assim. Para melhor entender o aborto, é necessário que, primeiro, se estabeleça a partir de que momento a vida se inicia e a partir de quando essa vida é dotada de direitos.

Os conceitos de início da vida trazem uma discussão doutrinária com muitos pontos divergentes, haja vista que há uma variedade considerável de teorias sobre a referida matéria. No entanto, apesar de vários entendimentos e teorias sobre o assunto, a legislação brasileira não dispõe, expressamente, em seus textos normativos, de nenhuma posição a respeito do início da vida.

Em sua obra, Tavares (2011, p. 576 - 577) dispõe que:

Regra geral, pode-se dizer que o início desse direito é uma questão biológica. Nesse cenário, contudo, há várias teorias: teoria da concepção; teoria da nidação; teoria da implementação do sistema nervoso; teoria dos sinais eletroencefálicos.

A teoria da concepção é adotada pela Igreja Católica. Consiste em defender a existência da vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, o ato de conceber (no útero). É, como se verificará, a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito Brasileiro.

A teoria da nidação exige, contudo, que haja a fixação do óvulo no útero.

A teoria da implementação do sistema nervoso exige que surjam os rudimentos do que será o sistema nervoso central. Para essa corrente, não basta a individualidade genética, sendo necessário que se apresente, no feto, alguma característica exclusivamente humana. O sistema nervoso central começa a se formar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário.

Para outros autores, seria necessário que, no feto, se verificasse a atividade cerebral, imprescindível para o reconhecimento da vida humana.

A atividade elétrica do cérebro inicia-se após oito semanas.

Por fim, tem-se a teoria de que apenas com o nascimento no sentido da exteriorização do ser é que se poderia avaliar a incidência do direito à vida. Independentemente dessa polêmica que envolve posições bastantes firmes no sentido assinalado, “nada impede que o Direito confira aos pré-embriões a mesma proteção conferida à vida humana, concedendo-lhes, assim, valor idêntico. Trata-se muito mais de uma opção política, mas opção esta que não pode ser puramente arbitrária, devendo encontrar justificativa que legitime a norma a ser editada, segundo os interesses da sociedade”³. O STF, no julgamento da ADI 3.510, assim se manifestou sobre o tema: “O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autossomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva”. Donde a distinção que passou a realizar entre indivíduo-pessoa e embrião e feto.

Apesar dos textos normativos não se posicionarem expressamente acerca do início da vida, por outro lado, o mesmo não ocorre com o início da personalidade civil, que está bem definida e disposta no Artigo 2º do Código Civil de 2002, o qual aduz que: “Artigo 2º - A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Gonçalves (2002, p. 48) destaca que:

Antes do nascimento, não há personalidade. Mas o referido artigo ressalva os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascer com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção. Os direitos assegurados ao nascituro encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva.

Nota-se que, apesar da legislação atribuir personalidade jurídica apenas a pessoa que nasce com vida, ela resguarda os direitos do nascituro. Tais definições são de suma importância, uma vez que, a partir do início da personalidade civil, a pessoa torna-se titular de direitos.

No entanto, a situação do nascituro é diferenciada, uma vez que, apesar de resguardados os seus direitos, não possui os requisitos da personalidade. Sendo assim, diante do ordenamento, não se pode equipará-lo à pessoa, pois a personalidade somente se inicia com o nascimento com vida (VENOSA, 2008).

Para Beltrão (2005, p. 74), “Não basta o reconhecimento de direitos ao nascituro na ordem civil; o importante é verificar se o legislador previu formas de proteção desses direitos”.

Por outro lado, é importante destacar, também, os direitos da personalidade, aqueles inerentes às pessoas, os quais não são passíveis de limitações, estando

ligados intrinsecamente à pessoa de forma definitiva e possuindo características próprias, como a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade.

Diniz (2002, p. 124), a respeito do assunto, destaca que: “Os direitos da personalidade são *necessários e inexpropriáveis*, pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana”. (grifo do autor)

Nesse sentido, Beltrão (2005, p. 80) aduz que:

Não se pode, do ponto de vista biológico, duvidar que a vida se inicia com a concepção e que a ordem jurídica protege o direito de nascer, sancionando como crime o aborto.

Daí que a atribuição de direitos ao nascituro para um momento anterior ao nascimento é o reconhecimento de que o nascituro é sujeito de direitos, tendo então personalidade.

Assim, o que se verifica é que os direitos do nascituro são colocadas de uma forma especial, pois ele ainda não adquiriu personalidade nos moldes que dispõe a legislação, mas tem seus direitos resguardados pelo ordenamento. Desse modo, pode considera-lo uma personalidade jurídica de forma parcial, com necessidade de existência de uma esfera jurídica exclusiva do nascituro (Beltrão, 2005).

1.3 DIREITO À VIDA X DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

A inviolabilidade do direito à vida é um dos fundamentos primordiais na Constituição, com intrínseca conexão com o princípio da dignidade da pessoa, sendo o mais essencial dos direitos (NOVELINO, 2011). Fundamento este que traz à baila inúmeros questionamentos constitucionais, principalmente envolvendo princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Magna que, em seu artigo 5º, caput.

Faz-se pertinente mencionar também a proteção que traz o Pacto de San José da Costa Rica, que, em seu artigo 4º, assegura que toda pessoa deve ter seu direito à vida respeitado, estabelecendo que tal direito deva ser resguardado pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção.

Neste sentido, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, garante a inviolabilidade desse direito:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Fundamento também disposto no artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário: “Artigo 4º. - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Para Novelino (2011, p. 428, grifo do autor), “o direito à vida deve ser compreendido em uma **dupla acepção**: I) o direito a permanecer vivo; e, II) o direito a uma existência digna (CF, art. 170).” Sendo assim, o poder público tem o dever de não apenas resguardar tal direito, mas também de prover as condições necessárias para o exercício integral e com dignidade do direito à vida. (BITTENCOURT, 2007).

Nesse sentido, Bittencourt (*apud* SARLET, 2007, p. 61) elucida:

Observa-se que o direito à vida é conexo à noção de existência digna. Para Ingo Wolfgang Sarlet, “como tarefa (prestação) ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e a fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, total ou parcialmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade).

Observa-se que, apesar de sua estimada importância, a inviolabilidade do direito à vida pode trazer, por vezes, um grande dilema no que diz respeito à sua aplicação plena, haja vista que é possível sua limitação de acordo com caso concreto.

A respeito do assunto, Novelino (2011, p. 428) vem aduzindo em sua obra que:

A importância axiológica e o fato de ser pressupostos de todos os demais direitos conferem à *inviolabilidade do direito à vida* um peso elevado na ponderação com os outros bens jurídicos, mas não um caráter absoluto. Além da hipótese de *pena de morte* em caso de guerra declarada, prevista expressamente no texto constitucional (CF, art. 5º, XLVII, a), esta inviolabilidade poderá ser afastada nos casos de *colisão* com o mesmo bem titularizado por terceiros (como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade) ou, em hipóteses excepcionais, com outros valores constitucionalmente assegurados (como os direitos fundamentais de uma gestante). (grifo do autor)

Assim, tem-se que o direito à vida, eventualmente, poderá se encontrar em colisão com outros direitos fundamentais, sendo possível sua limitação conforme o caso concreto, a fim de satisfazer outro direito.

De acordo com autor Marmelstein (2008, p. 368), “Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrição recíproca”.

Diante do elucidado, mostra-se importante salientar que nosso ordenamento jurídico prevê expressamente algumas possibilidades de limitações do direito à vida, e dentre elas encontram-se as excludentes de ilicitude do aborto, o qual será mais bem abordado em capítulo específico.

É possível notar que o direito à vida não é um direito absoluto, isto porque, sob a luz do princípio da dignidade humana, é possível que, para certos casos, ele se preserve como direito de maior importância em face de outros. No entanto, em alguns casos, ele será limitado diante do risco de violação de outro direito.

Já os direitos reprodutivos e sexuais, podem ser observados como direitos humanos. No entanto, o que se nota é que os direitos reprodutivos são direitos contemporâneos, pois a sua ideia começou a ser formulada apenas em 1944, na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo e confirmada apenas em 1995, na Conferência Internacional de Beijing (Diniz, 2009).

De acordo com Piovesan (2006, *online*), esses direitos possuem duas vertentes:

De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Trata-se de direito de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se ou não, quando e segundo a frequência almejada. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito à educação sexual. Portanto, clama-se aqui pela interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.

Sendo assim, observa-se que não basta apenas a existência desse direito. É necessária, também, a implementação de políticas públicas por parte do governo, pois, na ausência delas, o referido direito não poderá ser efetivado para seu exercício de forma plena e apenas existirá no plano axiológico.

Tal assunto está diretamente relacionado com as políticas públicas do governo, uma vez que a mortalidade materna se torna questão de saúde pública que tem apresentado números elevados de mortes no Brasil. Nesse sentido, Lamarca e Vettore (2011, *online*) trazem a informação de que:

Segundo o relatório Morte e Negação: Abortamento Inseguro e Pobreza, ocorrem aproximadamente 211 milhões de gravidezes anuais em todo o mundo; 87 milhões de mulheres engravidam de maneira não intencional e, desse total, 31 milhões resultam em abortamentos espontâneos ou em natimortos; 46 milhões de gravidezes terminam em abortamento induzido, sendo que 19 milhões são feitos de forma insegura, implicando em 70 mil mortes maternas ao ano. Apesar de não serem números absolutos, devido à reconhecida subnotificação, o documento sugere que o aborto inseguro é responsável por 9,5% das mortes maternas diretamente relacionadas à gravidez no Brasil (International Planned Parenthood Federation, 2006). De acordo com a International Planned Parenthood Federation, a média brasileira em 2006 foi de 2,07 abortos induzidos por grupo de 100 mulheres, representando a 4ª causa de morte materna, superado apenas pela hipertensão arterial, hemorragia e infecção. O problema é mais grave na Região Nordeste, onde a taxa é de 2,73, maior que a média nacional. A Região Sul foi a que apresentou a menor taxa, de 1,28 por 100 mulheres. O relatório aponta o Nordeste como uma das regiões de menor poder econômico, onde as mulheres têm menos acesso aos serviços de saúde e que concentra as maiores taxas de analfabetismo, de 18%. Para Monteiro, Adesse e Levin (2008), a menor escolaridade é um fator de risco para a ocorrência de aborto, pois, quando mulheres analfabetas (11,5/100.000) foram comparadas com mulheres que tinham 12 anos ou mais de estudo (2,1/100.000), o Risco Relativo foi de 5,5.

Percebe-se que a mortalidade materna atinge maior número de vítimas nas regiões mais pobres e em populações com menor grau de escolaridade. Sendo assim, não se mostra necessária apenas a implementação de políticas públicas relacionadas à saúde, mas também relacionadas à educação, haja vista que o acesso à informação é elemento essencial à prevenção.

Para Dias (2005, *online*), “A questão deixou de ser penal. Tornou-se uma grande questão social, pois a clandestinidade em que é realizado põe em risco a vida de milhões de mulheres”.


Além disso, há que se considerar também a obrigação do Estado em relação a tal direito. Portanto, a discussão transcende a seara jurídica, trazendo à baila relevantes questões sociais.

Diante do elucidado, percebe-se que tanto o direito à vida quanto outros preceitos, como a autonomia da vontade, o planejamento familiar, a paternidade responsável e o direito à liberdade, apesar de estarem conjuntamente dentro de uma acepção de dignidade humana, encontram divergências entre si.

2 ABORTO SOB A PERSPECTIVA NORMATIVA

A normatização sobre o tema do aborto veio a sofrer grandes modificações ao longo do tempo, sendo moldada conforme os critérios culturais, religiosos e culturais de cada região. Assim, a legislação de cada país ou região pode adotar posicionamentos divergentes sobre o assunto. Grande parte dos países desenvolvidos, por exemplo, apesar de reconhecer o direito à vida, não reconhece o aborto como crime (MARMELESTEIN, 2008).

A fim de demonstrar a realidade do elucidado acima, Marmelstein (2008, p. 88) traz o seguinte quadro:



NÃO PERMITEM, EXCETO QUANDO HÁ RISCO PARA A VIDA DA MÃE		PERMITEM COM RESTRIÇÕES		PERMITEM O ABORTO	
Afganistão	Líbia	Alemanha	Israel	África do Sul	Holanda
Angola	Mauritânia	Arábia Saudita	Jamaica	Albânia	Hungria
Brasil*	México*	Argélia	Jordânia	Austrália	Índia
Camboja	Moçambique	Argentina	Libéria	Áustria	Inglaterra
Chile	Nicarágua	Bolívia	Malavi	Bangladesh	Itália
Colômbia	Nigéria	Burundi	Malásia	Bélgica	Iugoslávia
Costa do Marfim	Paraguai	Camarões	Marrocos	Bulgária	Japão
Filipinas	Quênia	Congo	Panamá	Canadá	Noruega
Guatemala	República Dominicana	Coreia do Sul	Paquistão	China	República Checa
Haiti	Síria	Costa Rica	Peru	Cingapura	Romênia
Honduras	Somália	Egito	Polônia	Coreia do Norte	Rússia
Iêmen	Sri Lanka	El Salvador	Portugal	Cuba	Suécia
Indonésia	Sudão	Equador	Ruanda	Dinamarca	Taiwan
Irã	Tanzânia	Espanha	Suíça	Eslováquia	Tunísia
Irlanda	Venezuela	Etiópia	Tailândia	Estados Unidos	Turquia
Laos	Zaire	Gana	Uganda	Finlândia	Vietnã
Líbano		Grécia	Uruguai	França	Zâmbia
		Hong Kong	Zimbábue		
		Iraque			

Fonte: Marmelstein, 2008.

Em 1973, a Suprema Corte Americana decidiu sobre o tema no caso de Roe vs. Wade, autorizando o aborto em determinadas circunstâncias. Marmelstein (2008, p. 89) aduz que, na ocasião, ficou determinado que:

(1) os Estados possuem interesses legítimos em assegurar que a prática do aborto não coloque em risco a vida da mulher; (2) o direito à privacidade abrange o direito de a mulher decidir se interrompe ou não a gravidez; (3) o direito de interromper a gravidez não é absoluto, podendo ser limitado pelos interesses legítimos do Estado em manter padrões médicos apropriados e em proteger a vida humana em potencial; (4) o embrião não está incluído na definição de “pessoas”, tal como usada na Décima Quarta Emenda; (5) antes do fim do primeiro trimestre da gravidez, o Estado não pode interferir na decisão de abortar ou não; (6) ao fim do primeiro trimestre até o período de tempo em que o feto se tornar viável, o Estado pode regular o procedimento do aborto somente se tal regulação se relacionar à preservação da vida ou da saúde da mãe; (7) a partir do momento em que o feto se tornar viável, o Estado pode proibir o aborto completamente, a não ser naqueles casos em que seja necessário preservar a vida ou a saúde da mãe.

Apesar de permitir o aborto, a Suprema Corte Americana estabelece a não intervenção do Estado apenas até o primeiro trimestre de gestação, podendo, depois, intervir na decisão conforme seus interesses.

Nota-se, conforme o quadro acima, que, além dos Estados Unidos, outros países desenvolvidos, como Inglaterra e Dinamarca, também não criminalizam o aborto. Além disso, nota-se, através do referido quadro, que a questão divide opiniões, uma vez que é possível encontrar países desenvolvidos juntamente com países subdesenvolvidos que não permitem, exceto quando há risco para a vida da mãe.

Portanto, o debate sobre o assunto é questão bastante polêmica, sobre o qual divergem opiniões (MARMELSTEIN, 2008).

2.1 A LIMITAÇÃO DO ABORTO EM FACE DO DIREITO À VIDA

A doutrina majoritária brasileira coloca o direito à vida em um patamar mais elevado do que os demais direitos, uma vez que argumentam que, sem ele, não há possibilidade de serem assegurados os demais direitos. O ordenamento jurídico brasileiro, ao penalizar o aborto e resguardar os direitos do nascituro, limitou sua prática em face do direito à vida. Nesse sentido, Moraes (2011, p. 85) traz em sua obra que:

A penalização do aborto (CP, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A constituição Federal, ao prever como direito fundamental a *proteção à vida*, abrange não só a vida extrauterina, mas também a intra-uterina, pois qualifica-se como verdadeira *expectativa de vida exterior*. Sem o resguardo legal do direito à vida intrauterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção.

Para Mirabete e Fabbrini (*apud* MARQUES, 2006, p. 27), “No Título I da Parte Especial são definidos os crimes que atingem a pessoa humana em seu aspecto físico ou moral. Como ao Estado incumbe-se a proteção do indivíduo, este é o ponto de partida de toda a tutela penal.”

Há de se mencionar que, juntamente com esses direitos, estão os direitos de personalidade, uma vez que a legislação penal se refere, em seu Título I, a “crimes contra a pessoa”, sendo apenas considerada dotada de direitos da personalidade a pessoa.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (*apud* MARQUES, 2006, p. 27) elucida que:

O homem é sujeito de direitos e entre estes estão os chamados direitos da personalidade, em seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social. São direitos essenciais “porque se não existissem, a pessoa não poderia ser concebida como tal.

O Código Penal trata do aborto nos artigos 124 ao 128, trazendo as classificações e espécies, bem como as excludentes de ilicitude. Para melhor elucidar o assunto, é necessário trazer alguns entendimentos doutrinários sobre a definição do que é o aborto. Assim, Gonçalves (1999) considera o aborto como a interrupção da gravidez que acarreta a morte do feto.

Já Mirabete e Fabbrini (2006, p. 62) vão além, dispondo que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Na definição mais completa, os autores aduzem que, do ponto de vista biológico, o aborto não se limita à eliminação do feto, mas, também, do ovo e do

embrião, podendo o aborto ocorrer em qualquer fase da gestação, não precisando necessariamente estar fora do corpo da mulher.

O código penal (1940), em seu artigo 124, que dispõe sobre o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, traz que “Artigo 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção de um à três anos.” Veja-se que a legislação não traz nenhuma definição acerca de a partir de que momento da gestação pode-se considerar o aborto. Além disso, nem mesmo nos artigos que dispõem sobre o aborto provocado por terceiro ou nos artigos que trazem sua forma qualificada, é possível encontrar alguma definição.

Diante do exposto, percebe-se que, apesar da legislação penal brasileira não ter definido o que é o aborto, nem a partir de que momento ocorre a sua prática, sendo necessária a análise das definições e entendimentos trazidos pela doutrina, o ordenamento deixou claro a impossibilidade da prática do aborto provocado, não aceitando que princípios como o da autonomia da vontade e liberdade sobreponham-se ao direito à vida, estabelecendo, assim, limitações ao crime de aborto.

2.2 ABORTO E SUAS ESPÉCIES CRIMINOSAS

O aborto pode possuir várias espécies, podendo ser provocado pela própria gestante ou consentido, quando a gestante provoca o aborto ou permite que outra pessoa o provoque. Pode ser provocado por terceiro, quando não há o consentimento da gestante para que o aborto ocorra, pode ser necessário, quando oferecer riscos à saúde da gestante, pode ser humanitário (ou sentimental), quando a gestante vítima de crime de estupro consentir o aborto, pode ser eugenésico, quando há riscos de problemas genéticos graves no feto devido a fatores hereditários, pode ser social (*honoris causa*), quando o aborto decorre de fatores sociais, como a ausência de condições econômicas para criação da criança ou gravidez extraconjugal, pode ocorrer, também, o aborto na sua forma qualificada, quando os meios usados a fim de provocá-lo causem lesão de natureza grave ou a morte da mulher, dentre outras espécies trazidas por doutrinadores.

Apesar de inúmeras espécies, a legislação brasileira criminaliza quase todas elas, ficando de fora apenas os casos de aborto necessário e humanitário. Nesse sentido, o código penal traz as hipóteses puníveis e as não puníveis:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Artigo 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Artigo 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Artigo 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Artigo 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.
(grifo do autor)

De acordo com Gonçalves (1999, p. 43) a respeito do artigo 124 primeira parte, “Aqui é a própria gestante quem pratica as manobras abortivas, quer por meios mecânicos, quer ingerindo medicamentos com essa finalidade.”

E ainda, Sanches (2008, p. 35) elucida sobre o artigo 124 que:

O presente artigo traz duas formas de aborto criminoso: o autoaborto e o aborto praticado com consentimento da gestante.

Em virtude da pena mínima cominada (um ano de detenção), é cabível a suspensão condicional do processo, observando-se os demais requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95.

Já em relação ao aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, no caso do artigo 126, Gonçalves (1999) aduz que os dois agentes deveriam responder pelo ato ilícito em face da teoria monista, devido os dois terem colaborado para a prática do mesmo delito. Entretanto, o que o código penal prevê, nesses casos, é uma exceção a esta teoria, dispondo uma pena mais grave para o terceiro. Sendo assim, a gestante que consentiu incorre no artigo 124, enquanto o terceiro acaba incorrendo nas penalidades do artigo 126.

No que diz respeito ao aborto qualificado, nos casos do artigo 127, Mirabete e Fabbrini (2006) elucidam que:

É evidente que o resultado mais grave (lesão corporal grave ou morte), condenação de maior punibilidade, não deve ter sido querido, nem mesmo eventualmente, pelo agente, pois nesses casos deverá ele responder por crimes de lesões corporais ou homicídio, em concurso com aborto. O art. 127 refere-se ao crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado – lesão grave ou morte (item 2.1.7).

Em contrapartida, apesar de penalidade mais gravosa a terceiro na forma qualificada, o mesmo não pode ocorrer com a gestante, como dispõe Sanches (*apud* MANZINI; NORONHA, 2013, p. 112):

[...] se a gestante morre, seu crime é extinto; se lhe sobrevém lesão corporal de natureza grave, não é o caso de agravar-lhe o crime, seja porque a lesão, a bem dizer, representa uma punição natural, seja porque seria cruel aumentar a punição penal, devendo atentar-se, além do mais, a que a lei exclui expressamente.

Sendo assim, percebe-se que as penalidades impostas a terceiros que cometem aborto, com ou sem consentimento da gestante, são mais severas, enquanto as gestantes, nos casos de autoaborto, são punidas com penas mais brandas, podendo até mesmo serem beneficiadas com a suspensão condicional do processo, a depender do caso.

2.3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO CRIME DE ABORTO: ABORTO NECESSÁRIO E HUMANITÁRIO

O código penal preceitua, em seu artigo 128, incisos I e II, a respeito do aborto necessário e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Em seu texto traz que:

Artigo 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (grifo do autor)

Para Sanches (2013, p.114), para que a hipótese do aborto necessário ocorra, são indispensáveis três requisitos:

- a) aborto praticado por médico: caso seja necessária a realização do aborto por pessoas sem a habilitação profissional do médico (parteira, farmacêutico etc.), apesar de o fato ser típico, estará o agente acobertado pela discriminante do estado de necessidade (art. 24);
- b) o perigo de vida da gestante: não basta o perigo para a saúde;
- c) a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la: não pode o médico escolher o meio mais cômodo, pois, se houver outra maneira que não a interrupção da gravidez, para salvar a vida da gestante, o agente responderá pelo crime.

De acordo com Mirabete e Fabbrini (*apud* MARREY, 2006, p. 68), “depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara à intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente.”

Sanches (2013, p. 115), por sua vez, elucida que “Entende a melhor doutrina que não há necessidade do consentimento da gestante para a realização do aborto. Basta que o profissional entenda ser indispensável fazê-lo. Desnecessário, ainda, autorização judicial.”

Já em relação ao inciso II do artigo 128 do Código Penal, o doutrinador Bittencourt também aduz alguns requisitos para que ocorra a excludente de ilicitude:

Para se autorizar o aborto humanitário, são necessários os seguintes requisitos: a) *gravidez resultante de estupro*; b) *prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal*. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal. (grifo do autor)

Nesse sentido, Sanches (2013, p. 115) vai além e elucida três condições para que possa ser excluída a ilicitude da prática:

- a) *que o aborto seja praticado por um médico*: caso realizado por pessoa sem habilitação legal, haverá o crime, não se ajustando qualquer causa legal (ou extralegal) de justificação;
- b) *que a gravidez seja resultante de estupro*: antes da Lei 12.015/2009 discutia-se se a permissão abrangia o estupro com violência presumida (art. 224 CP), entendendo a maioria que sim. [...]
- [...] c) *prévio consentimento da gestante ou seu representante legal*: de preferência, que esse consentimento seja o mais formal possível (acompanhado de boletim de ocorrência), inclusive com testemunhas. (grifo do autor)

Os autores aduzem, ainda, a desnecessidade de sentenças judiciais para a realização desse procedimento pelo profissional. Maribete e Fabbrini (2006)

entendem que não é necessária a autorização judicial, e tampouco uma sentença condenatória contra a pessoa que praticou o estupro, podendo o médico estar apenas sob a luz do código de ética médica.

No entanto, Diniz (*apud* MOURA, 2009, p. 65-66) aduz que:

[...] só a palavra da gestante não constitui, em casos dessa natureza, prova idônea da violência sexual sofrida por ela, visto que, para se livrar da prática do crime de auto-aborto, a mulher poderá transferir para o médico a responsabilidade penal para enquadrá-lo no crime de aborto consentido – por achar que só o médico, na hipótese, será responsabilizado criminalmente – ou no delito de aborto não consentido pela gestante – nesta hipótese, por ter a certeza de que somente o médico será responsabilizado criminalmente pela ação, sendo mais comum, naturalmente, a adequação da conduta do médico no delito de aborto não consentido pela gestante, no caso de tal prática não ser de aprovação dos familiares da própria comunidade em que se encontra inserida a mulher. De qualquer forma, por não se tratar de um aborto necessário, o médico tem o direito de se negar a praticar o aborto sentimental, uma vez que, no caso, há apenas uma faculdade do profissional da saúde quanto a realizar ou a não realizar aquela intervenção médica, principalmente se não existir um respaldo técnico-documental que o proteja das garras da justiça.

Apesar da não necessidade de sentença ou autorização, muitas mulheres ainda acabam recorrendo à clandestinidade devido à negativa dos profissionais em realizarem o procedimento. Sobre o assunto, Moraes (2008, p. 54) mostra que:

Nos casos permitidos, a mulher encontra dificuldades por vezes intransponíveis para ver salvaguardado um direito que lhe é dado por lei. Devido à falta de informação, de instrução, de atendimento médico adequado e a um total descaso, milhares de mulheres morrem por se submeterem a abortos clandestinos em clínicas particulares.

Diante do exposto, nota-se que, mesmo com a existência de excludentes de ilicitude, é necessário, em todos os casos, o preenchimento de requisitos legais, e muitas vezes, mesmo com o preenchimento de tais requisitos, as mulheres encontram dificuldade para a efetivação de seus direitos.

3 O ABORTO NO PLS 236/2012 E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL

A temática gera muita polêmica e, conseqüentemente, constantes discussões são levantadas acerca do assunto. Sendo assim, inevitavelmente, ao passar do tempo, vão surgindo novos entendimentos, causando mudança na interpretação da norma.

Mesmo nas suas formas permitidas, o aborto divide opiniões dos doutrinadores. Alguns levantam o questionamento nos casos de excludente de ilicitude da conduta, porque deveria prevalecer a vida da mãe nos casos do artigo 128, inciso I, ou porque deveria prevalecer a vontade da mãe nos casos do artigo 128, inciso II.

Nesse sentido, Diniz (2009, p. 63) se posiciona que:

[...] Há um contrassenso na lei penal. Se a norma constitucional assegura a vida humana, por que a do feto vale menos que a de sua mãe? Não deveria o direito à vida ser garantido a todos de modo igual? Qual a diferença existente nas vidas da gestante e do feto se ambas são merecedoras da proteção constitucional? [...]

[...] Trata-se de um aborto em defesa da honra, com o escopo de repará-la. Mas, como se poderia reparar a honra de alguém com a morte de um inocente e indefeso ser humano? A retirada da vida do feto poderia reparar a brutalidade sofrida pela gestante?

Como falar em legítima defesa, considerando-se o feto um agressor injusto, para descriminalizar essa prática abortiva? Ora, o nascituro, um pequenino ser humano inocente e indefeso, não é nem poderia ser um agressor. O que ele tem que ver com o fato de ter sido concebido por um ato de violência do seu pai? Poder-se-ia admitir que o ódio pelo estuprador se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício? Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido pela vítima? Não seria isso uma afronta aos arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, XXXIX, e 6º da Constituição? [...]

Em contrapartida, Dias (2005, *online*) se posiciona do sentido de que:

Em face da falta de recepção pelo novo sistema jurídico, perdeu o aborto seu caráter ilícito não só nas hipóteses em que é possível sua prática. A questão deixou de ser penal. Tornou-se uma grande questão social, pois a clandestinidade em que é realizado põe em risco a vida de milhões de mulheres.

Mesmo que a lei criminalize o aborto, a sociedade não o aceita como crime, conforme concluiu a Comissão Tripartite integrada por representantes dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade civil. Entregue à Câmara dos Deputados, imperiosa sua tramitação em regime de urgência, para que se garanta à mulher o direito à sua própria fertilidade, como forma de assegurar respeito à sua dignidade.

Sendo assim, nota-se que a legislação é estática, sendo seu texto o mesmo desde a promulgação do Código Penal em 1940. Porém, os entendimentos são diversos. Assim, conforme as evoluções tecnológicas, sociais e econômicas, as interpretações flexibilizam-se, conferindo novos sentidos às normas pensadas em outras épocas, introduzindo inovações às decisões judiciais. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal tem dado decisões inovadoras a respeito da temática, que será tratada em seguida.

3.1 O PROJETO DE LEI DO SENADO 236/2012 E O HABEAS CORPUS Nº 124.306

A redação original do Projeto de Lei n. 236/2012 inseria, no art. 128, inciso IV, a possibilidade da autorização da interrupção voluntária da gravidez pela gestante até a décima segunda semana de gestação, quando um médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas para lidar com a maternidade. Além dessa hipótese, o projeto abarca também a respeito do aborto nos casos de anencefalia fetal.

Ocorre que o então relator do projeto na época decidiu, posteriormente, retirar a previsão da interrupção voluntária, sob o argumento de inconstitucionalidade, prevalecendo apenas as hipóteses nos casos de anencefalia fetal. No entanto, apesar da hipótese de interrupção voluntária ter sido excluída do projeto, o assunto manteve sua pertinência e gerou diversas discussões, do qual acabaram por originar a decisão no HC nº 124.306, no sentido de descriminalizar o aborto voluntário.

Na decisão, o relator decidiu que tal criminalização do aborto não coaduna com diversos preceitos fundamentais, trazendo maiores prejuízos do que benefícios, aduz, ainda que o modelo adotado por países mais desenvolvidos. Veja-se:

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no

país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (AURÉLIO, 2016, *online*). (grifo do autor)

Outro argumento usado pelo ministro relator é o da intervenção mínima do Estado, devendo ele interferir o mínimo possível na tomada de decisões e apoiar ambos os lados:

25. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

38. Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um (AURÉLIO, 2016, *online*).

A decisão ainda se embasa nos problemas sociais enfrentados e na baixa efetivação da norma em proteger a vida do nascituro diante da realidade atual do país em relação ao tema:

44. De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

45. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo, progressivamente, maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema

de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização (AURÉLIO, 2016, *online*).

Ainda no entendimento do ministro, a descriminalização não acarretaria a disseminação da prática como defendem alguns autores, devendo ser evitada sempre que possível:

13. Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

Desse modo, a criminalização do aborto gera inúmeras discussões a respeito de preceitos fundamentais que colidem uns com os outros, sendo, por muitas vezes, inevitável a prevalência de um em detrimento do outro. Observe que surge a necessidade de abordagem dos princípios que colocam em questão a autonomia feminina diante da criminalização do aborto.

É importante ressaltar que o aborto não se trata somente de proteção à vida do feto e aos direitos reprodutivos da mulher. Além dessas questões, o assunto também diz respeito à saúde e às políticas públicas, nas quais é responsabilidade do Estado assegurar o acesso a esses fatores.

O Projeto de Lei 236/2012 encontra-se em tramitação. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou, na quarta-feira, dia 14 de junho de 2017, o requerimento de audiência pública para instruir a votação do presente Projeto de Lei do Senado, que trata da reforma do Código Penal brasileiro. O requerimento foi apresentado pelo vice-presidente da comissão, senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), atual relator da matéria (SENADO, 2017, *online*).

3.2 ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA FETAL – ADPF 54

O aborto, em casos de anencefalia fetal, ocorre quando não há formação ou quando há uma formação parcial do cérebro. O ordenamento jurídico não exclui a ilicitude nesses casos, sendo esse tipo de abortamento punível. Sobre o assunto,

Mirabete e Fabbrini (*apud* NORONHA, 2006, p. 70) trazem que “Tem-se entendido que não há excludente de criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou eugênico) que é o “executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança do pais.”

O assunto também divide a opinião entre os doutrinadores, uma vez que alguns acreditam que, sendo o feto anencefálico, não há se quer uma expectativa de vida. Já outros defendem que o direito à vida deve prevalecer, sob a justificativa de que afronta ao previsto na Constituição.

Nesse sentido, Sanches (*apud* BITENCOURT, 2013, p. 40) aduz que:

O nosso Estatuto Penal, na sua Exposição de Motivos, foi claro ao incriminar o abortamento eugenésico (praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas). CEZAR ROBERTO BITENCOURT, no entanto, lamenta não haver o legislador legitimado essa espécie de aborto, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Sustenta, contudo, que a gestante que provoca o autoaborto ou consente que terceiro lho provoque está amparada, conforme o caso, pela excludente de culpabilidade inexistência de outra conduta.

Na contramão desse entendimento, Diniz (2009, p. 51) posiciona-se no sentido de que:

Seria a interrupção seletiva da gestação por encefalia um aborto “legal”? Parece-nos que não, ante a inviolabilidade do direito à vida, consagrado, constitucionalmente, como princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e o princípio de que só há crime e pena se estabelecidos em lei e diante da circunstância de que apenas duas são as formas legais de exclusão de punibilidade do delito de aborto: a da ação médica salvadora da vida da mãe e a decorrente de indicação sentimental, em razão de estupro.

Apesar do entendimento da doutrina e do nosso ordenamento defender primordialmente o direito à vida, há alguns casos em que esse direito pode sofrer limitações. Alguns já vêm sendo decididos pelos tribunais, como por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento da ADPF 54/DF, no qual aceitou o aborto de feto anencefálico, sendo que alguns ministros fundamentaram sua decisão a partir da premissa de que o aborto se trata de crime contra vida, e sendo o feto anencéfalo não seria possível existir vida. Em relação a tal posicionamento, o autor Fernandes (2012, p. 361) informa que:

No caso da **ADPF nº 54** (ainda em tramitação) se discute a possibilidade da permissão de aborto de feto anencéfalo. Tal discussão vem demonstrar a falência do argumento biológico como concepção de vida, pois mais que apenas vivo biologicamente, adjetiva-se esta vida como uma vida digna. O argumento central é que há uma ofensa à dignidade da pessoa humana tanto para o feto, quanto para a mãe: uma tortura súbita ao feto e uma tortura psicológica para a mulher. (grifo do autor)

Diante desses fundamentos, o ministro relator da Arguição de Preceito Fundamental nº 54 proferiu seu voto no sentido de que não haveria expectativa de vida no feto enencefálico, afastando, também, sob o mesmo fundamento, a caracterização de aborto eugenésico. Veja-se:

Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugenico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo, não se pode cogitar de aborto eugenico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”.

De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não (MELO, 2012, *online*).

Nesse sentido, Cruz (2010, *online*) dispõe que:

É sabido que não existem argumentos que justifiquem morte, porém o presente trabalho visa esclarecer que a prática da retirada do feto anencefálico do ventre materno não constitui a conduta típica, ilícita descrita na legislação penal prática, pois, como já fora visto anteriormente, o anencéfalo só permanece vivo no interior do organismo da gestante e dele depende para continuar vivo, assim não possui vida autônoma e não pode ser sujeito passivo do crime de aborto.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde da gestante e a legalidade, liberdade e autonomia da vontade são justificativas suficientes que robustecem a tese do parágrafo anterior. Tais argumentos encontram validade na Constituição da República Federativa do Brasil e, a princípio, podem parecer contraditórios com o direito à vida, contudo, fazendo uma análise compassada e racional, nota-se que são princípios ou direitos fundamentais que serão sopesados mediante o princípio da proporcionalidade e da lesividade, a fim de que a gestante e o feto não necessitem sofrer além do que o peso da própria doença anencefalia já traz.

Ainda na mesma decisão, o ministro combateu os argumentos que sustentam a manutenção da gravidez de feto anencéfalo, como a prevalência, sobretudo, do direito à vida:

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão (MELO, 2012, *online*).

O voto do relator na referida Aguição traz, também, como um dos seus fundamentos legais, os direitos fundamentais das mulheres como o de autodeterminação e o da privacidade. O ministro trata, ainda, que a prevalência a qualquer custo da vida do feto anencéfalo é cabível de ponderação, vez que também viola outros direitos básicos:

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol

dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República (MELO, 2012, *online*).

Dessa forma, observa-se que, mesmo com previsões legais e decisão firmada perante a Suprema Corte, os embates doutrinários ainda são diversos, já que, por vezes, é imprescindível sacrificar-se um direito em detrimento de outros, visto que, no caso da anencefalia fetal, a dignidade da gestante acaba sendo mais afetada do que o direito à vida do próprio feto, sendo necessário que o jurista, mediante a análise do caso concreto, pondere entre os direitos que devem prevalecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que é possível notar que o direito à vida não é um direito absoluto. Isto porque, para certos casos, ele será preservado como direito de maior importância em face de outros, e, para outros, ele será limitado diante do risco ou de violação de outro direito, uma vez que nosso ordenamento jurídico prevê expressamente algumas possibilidades de limitações do direito à vida, as quais, dentre elas, encontram-se as excludentes de ilicitude do aborto.

Exemplo do exposto é que se verifica que o direito à vida do nascituro é colocado de uma forma especial, diante do fato de que ele ainda não adquiriu personalidade nos moldes que dispõe a legislação, mas tem seus direitos resguardados pelo ordenamento. Desse modo, pode considerar-se uma personalidade jurídica de forma parcial, com necessidade de existência de uma esfera jurídica exclusiva do nascituro (BELTRÃO, 2005).

Percebe-se que o direito à vida conflita diretamente com preceitos como a autonomia da vontade, o planejamento familiar, a paternidade responsável e o direito à liberdade. Além disso, há que se considerar, também, a obrigação do estado em relação a tal direito. Portanto, a discussão transcende a seara jurídica, trazendo à baila relevantes questões sociais.

Note, ainda, que, mesmo com existência de excludentes de ilicitude, é necessário, em todos os casos, o preenchimento de requisitos legais, e, muitas vezes, mesmo com o preenchimento de tais requisitos, as mulheres encontram dificuldade para efetivação de seus direitos, seja pela falta de informação dos profissionais que realizam o procedimento ou até por suas convicções morais (DINIZ, 2009).

Mesmo com previsões legais e decisão firmada perante a Suprema Corte, os embates doutrinários ainda são diversos, já que, por vezes, é imprescindível

sacrificar-se um direito em detrimento de outros, sendo necessário que o jurista, mediante a análise do caso concreto, pondere entre os direitos que devem prevalecer.

Ademais, também é importante uma análise da responsabilidade do Estado a respeito do assunto. É necessário verificar como o Estado irá proporcionar o acesso a esse direito, visto que o próprio Estado deverá ter a obrigação de fornecer um procedimento seguro para a sua prática. Além disso, é importante, também, observar as possibilidades da aplicação mais eficaz do dever do Estado de proporcionar os recursos necessários para o exercício da paternidade responsável, com base no princípio constitucional do mínimo existencial.

Ressalte-se que o aborto não se trata tão somente de proteção à vida do feto aos direitos reprodutivos da mulher. Além dessas e outras questões, o assunto traz à baila, em seu contexto, pontos importantes como a saúde e as políticas públicas, cuja responsabilidade é do Estado em assegurar o seu acesso.

Apesar do ordenamento e da doutrina majoritária colocarem a vida como o mais primordial dos direitos, ainda há entendimentos de que, dentro de uma concepção de dignidade da pessoa humana, deve-se levar em conta não apenas o feto, mas também a gestante.

Portanto, é possível verificar que, tanto o direito à vida quanto os direitos como autonomia da vontade, liberdade de escolha, planejamento familiar, dentre outros, decorrem do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, quando se discutem as excludentes de ilicitude no crime de aborto, significa averiguar e ponderar se esses demais princípios se sobrepõem ao direito à vida.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. 2. Triagem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. Código Civil. **Vade mecum – método – legislação 2017**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

_____. Código Penal. **Vade mecum – método – legislação 2017**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

_____. Constituição Federal. **Vade mecum – método – legislação 2017**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção sobre Direitos Humanos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 54/Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12 dez. 2012, publicado em 30 abr. 2013. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 124.306/Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 09 ago. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

CRUZ, Luciana Bastos. **Princípio da dignidade da pessoa humana e a constitucionalidade do aborto eugênico**. Brasília-DF: Conteúdo Jurídico, 2017.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29413&seo=1>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental ao aborto**. 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/583/Direito+fundamental+ao+aborto>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: parte geral, volume 1. 9. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: dos crimes contra a pessoa. volume 8. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAMARCA, Gabriela; VETTORE, Mario. **Autonomia reprodutiva da mulher: uma questão delicada com múltiplas reflexões**. 2011. Disponível em: <<http://dssbr.org/site/2011/09/autonomia-reprodutiva-da-mulher-uma-questao-delicada-com-multiplas-reflexoes/>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

MIRABETE, FABBRINI, Julio Fabbrini, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 04 jun. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávio. **Direitos reprodutivos**. 2006. Disponível em:
<<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+reprodutivos>>.
Acesso em: 25 jun. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OBRAS CONSULTADAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação**. Explicitação das normas da ABNT. 15. ed. Porto Alegre, 2009.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. (Epub)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Epub)

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Hernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e monografia jurídica: na era da informática**. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2007.

**ANEXOS 1 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54**

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão⁵⁹ rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia.

[...]

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar.

Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.

⁵⁹ Ver nota de rodapé 40.

3. Doação de órgãos de anencéfalos

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos⁶⁰. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula.

Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”⁶¹, assevera:

o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem

⁶⁰ O ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em manifestação de agosto de 2004, asseverou que o “pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver” (folha 218).

⁶¹ p. 135.

necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.

Maíra Costa Fernandes pondera sabiamente ser a doação ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, e salienta não aceitar o Direito brasileiro sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea – atos capazes de salvar inúmeras pessoas, os quais não reclamam sacrifício próximo ao da mulher obrigada a dar continuidade à gestação de um anencéfalo. Nessa linha, afirma, “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”⁶².

Débora Diniz⁶³ também é bastante precisa ao sintetizar a questão⁶⁴:

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa (...).

A circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos, conforme elucidaram

⁶² FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lúmen Júris, 2007. p. 150 e 152.

⁶³ Antropóloga, mestre e doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

⁶⁴ In *O luto das mulheres brasileiras*. Jornal da Febrasgo, São Paulo, out./2004. p. 8/9. Disponível em [HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm). Acesso em 14 de setembro de 2010.

em audiência pública os Drs. Salmo Raskin⁶⁵ e José Aristodemo Pinotti⁶⁶. Cabe reproduzir, no ponto, os esclarecimentos do Dr. Salmo Raskin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica⁶⁷:

Os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos pelo que eu expus, porque são portadores, em grande parcela das vezes, de múltiplas malformações; referi-me àquelas que são detectáveis pelos métodos, sem falar nas alterações íntimas dos tecidos do corpo, que não podem ser detectadas, a não ser que se faça um exame extremamente complexo. Além disso, os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, tanto que cerca de 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intra-uterino. De modo que os órgãos deles não são órgãos que possam ser aproveitados para o transplante.

Não se olvida ter o Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2009, aprovado a Resolução nº 1.752, cujo teor autoriza os médicos a efetuarem transplantes de órgãos de fetos anencéfalos. Porém, segundo o Parecer nº 24/2003, do qual resultou a Resolução:

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatórios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas

⁶⁵ Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná.

⁶⁶ Ver nota de rodapé 31.

⁶⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 64.

situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, “*tornando-se inúteis para uso em transplantes*”. (grifei)

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a

interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria, que, na década de 50, já condicionava a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida. Diz ele⁶⁸:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado *desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las*. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera 'in materiam brutam', mas contra um homem na 'ante-sala' da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem 'in spem'. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é de apenas um grau, ou, como dizia CARRARA, de quantidade natural e de quantidade política.

E prossegue:

*caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (grifei)*⁶⁹

⁶⁸ Volume V, RJ: Forense, 1958. p. 15, 286 e 287.

⁶⁹ *Idem, ibidem*. p. 297/298.

Sábias palavras de Nelson Hungria, a repercutirem neste julgamento, verificado cerca de sessenta anos após.

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina⁷⁰. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante⁷¹ –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode

⁷⁰Marcos Valentin Frigério examina o histórico do surgimento e dos desenvolvimentos dos diagnósticos da medicina fetal. Ob. cit. p. 272/275.

⁷¹ Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946.

ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.* (Grifei)

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do **indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante.

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97⁷², para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na

⁷² Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.⁷³

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de

⁷³ Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006. p. 103.

um a três anos)⁷⁴, a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”⁷⁵.

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Passemos aos direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo.

5. Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de

⁷⁴ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

⁷⁵ *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”⁷⁶. No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos⁷⁷. Há alguma divergência se a gestação de anencéfalo é mais perigosa do que a de um feto sadio. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira⁷⁸, ouvida no último dia de audiência pública, enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa⁷⁹.

O Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, trouxe, por sua vez, dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana reveladores de que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos. De acordo com as informações por ele apresentadas, impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos

⁷⁶ O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2011.

⁷⁷ Conforme informações prestadas no segundo dia de audiência pública – folha 7.

O Doutor Roberto Luiz D’Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis (transcrição, folha 12).

⁷⁸ Médica especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí/SP, à época, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, São Paulo.

⁷⁹ Consoante informações prestadas na sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro (transcrição, folhas 4, 5 e 8).

Há tanta divergência acerca do fato de a gravidez de feto anencéfalo constituir ou não um risco maior à vida materna que o Doutor Dornival da Silva Brandão chegou a sustentar que “a criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar” (transcrição, folha 81).

inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas.

Consoante defendeu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁸⁰, a gravidez de feto anencéfalo “pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. O Dr. Talvane Marins de Moraes⁸¹, igualmente, realçou ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero⁸².

Nessa linha, também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia⁸³. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

⁸⁰ Ver nota de rodapé 40.

⁸¹ Médico especialista em psiquiatria forense, livre docente e doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.

⁸² À folha 1409 da transcrição da sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro, tem-se “(...) É outro dado de saúde pública também. Quer dizer, uma gravidez anencéfala é uma gravidez de alto risco, porque o feto vai morrer intraútero muitas vezes”.

⁸³ O inteiro teor do documento expedido pela FEBRASGO encontra-se disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 5 de maio de 2011.

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG) – que compromete o bem-estar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes, aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. Na literatura médica, há registro de gestação que se estendeu por mais de um ano, no qual o feto continuou em movimento até a hora do parto. Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrânio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior. Mais uma consequência identificada eventualmente nesse tipo de gravidez é o sangramento de grande monta no puerpério.

Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum.

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora⁸⁴:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é

⁸⁴ In FERNANDES, Máira Costa. Ob. Cit. p. 138.

aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria⁸⁵, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”.⁸⁶

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no

⁸⁵ Ver nota de rodapé 81.

⁸⁶ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1413).

final, eu não ia tê-lo”⁸⁷. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”⁸⁸. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”⁸⁹. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando”⁹⁰.

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação.⁹¹

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências

⁸⁷ Depoimentos trazidos pela Dra. Lia Zanotta Machado no terceiro dia de audiência (transcrição, folhas 1299 e 1300).

⁸⁸ folha 1300.

⁸⁹ folha 1301.

⁹⁰ folha 1301.

⁹¹ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

públicas, a Dra. Jaqueline Pitanguy⁹² e o Dr. Talvane Marins de Moraes⁹³. Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”⁹⁴.

Como bem destacam Telma Birchall e Lincoln Frias, embora:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial [...] ⁹⁵

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo

⁹² Socióloga e cientista política, ex-professora de Sociologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e na Rutgers University, Nova Jérsei, Estados Unidos, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

⁹³ Ver nota de rodapé 81.

⁹⁴ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 1350.

⁹⁵ Ob. cit. p. 27.

levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão”⁹⁶.

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁹⁷. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico⁹⁸, o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Diaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a

⁹⁶ *Apud* MENDES, Thalita Bizerril Duleba. *A interrupção seletiva de gestação de feto anencéfalo como conduta atípica*. Universidade Federal do Paraná, 2007. p. 60.

⁹⁷ A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, ouvida no quarto dia de audiência pública, referiu-se ao precedente. Leiam: “Nosso país deveria observar o que vem acontecendo no plano internacional em relação, por exemplo, às respostas que os Comitês de Direitos Humanos das Nações Unidas vem ofertando no plano global. Este Comitê, em duas oportunidades, já se manifestou sobre o assunto: em 1996, considerou que a possibilidade de um aborto gerar uma penalidade criminal representa uma forma de tratamento desumano em relações às mulheres; em 2005, considerou que a impossibilidade de interromper a gravidez, em caso de gestação de anencéfalo, foi causa de um grande sofrimento. Tratava-se do caso específico de Caelli, uma jovem peruana, que, aos 17 anos de idade, viu-se confrontada com uma gravidez de feto anencéfalo” (folha 1380).

⁹⁸ Os artigos 119 e 120 do Código Penal peruano trazem as seguintes disposições:

Art. 119 – Aborto terapêutico

Não é punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, se o tiver, quando é o único meio para salvar a vida da gestante ou para evitar um mal grave e permanente em sua saúde.

Art. 120 – Aborto sentimental e eugênico

O aborto será reprimido com pena privativa de liberdade não maior que três meses:

1. Quando a gravidez seja consequência de violação sexual fora do matrimônio ou inseminação artificial não consentida e ocorrida fora do matrimônio, sempre que os fatos tiverem sido denunciados ou investigados, ao menos policialmente; ou

2. Quando é provável que o ser em formação leve a um nascimento com graves defeitos físicos ou psíquicos, sempre que exista diagnóstico médico.

(Tradução livre. Cópia eletrônica do referido diploma legal encontra-se disponível em <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO%20PENAL.doc>.

Acesso em 6 de maio de 2011.)

gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade⁹⁹.

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao *Center for Reproductive Rights*, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdurou por apenas quatro dias¹⁰⁰. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe o quão penosa e dolorosa ela é ¹⁰¹.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira¹⁰² em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em

⁹⁹ O pronunciamento completo do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas está disponível em http://www.cladem.org-espanol-regionales-litigio_internacional-CAS5-Dictament%20KL.asp. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰⁰ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰¹ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰² Ver nota de rodapé 78.

resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire¹⁰³. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação ¹⁰⁴.

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”¹⁰⁵. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade

¹⁰³ Graduada em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-professora e ex-reitora desta instituição.

¹⁰⁴ Quarto dia de audiência pública, 16 de setembro de 2008 (transcrição, folhas 1397 e 1398).

¹⁰⁵ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1421).

humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”¹⁰⁶.

Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida’. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade”. Continua: “o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável”¹⁰⁷. Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à

¹⁰⁶ Último dia de audiência pública (transcrição, folha 77).

¹⁰⁷ Ob. cit. p. 409.

liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada¹⁰⁸.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura¹⁰⁹ ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às

¹⁰⁸ O texto completo da Convenção encontra-se disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 11 de janeiro de 2011.

¹⁰⁹ O artigo 1º da Constituição Federal define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, prevê:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...);

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz¹¹⁰.

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

¹¹⁰ Ver nota de rodapé 63.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

ANEXOS 2 – *HABEAS CORPUS* Nº 124. 306

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S) : EDILSON DOS SANTOS
PACTE.(S) : ROSEMERE APARECIDA FERREIRA
IMPTE.(S) : JAIR LEITE PEREIRA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO-VISTA

O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a

igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em

14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126¹ (aborto) e 288² (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “*aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta*”.

2. Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes³. Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese⁴.

3. Neste *habeas corpus*, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

4. Em 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto.

5. A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da

¹ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

² Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

³ A decisão considerou que “as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto”.

⁴ De acordo com o acórdão recorrido, “não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos”.

ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus.

6. Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida. Pedi vista antecipada dos autos para uma análise mais detida da matéria.

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

I. DESCABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

7. Inicialmente, verifico que se trata de *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ. Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Nada obstante isso, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

II. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

8. Em *primeiro lugar*, entendo que o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” imputado, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos. No entanto, conforme notou o Ministro Marco Aurélio em seu voto, “*a liberdade dos acusados tanto não oferece risco ao processo que a instrução criminal tem transcorrido normalmente, conforme revelou a consulta realizada ao sítio do Tribunal de Justiça, noticiando o comparecimento de todos à última audiência de instrução e julgamento, ocorrida no dia 17 de agosto de 2015, quando já soltos*”.

9. Não se encontram preenchidos, no caso concreto, os requisitos do art. 312 do

Código de Processo Penal⁵, que exigem, para decretação da prisão preventiva, que estejam presentes riscos para a ordem pública ou para a ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Note-se que a prisão torna-se ainda menos justificável diante da constatação de que os pacientes: (i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho e residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Aplicável, portanto, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais (HC 109.449, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 115.623, Rel. Min. Rosa Weber).

10. A ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e estendida aos corréus. No entanto, há outra razão que conduz à concessão da ordem.

III. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE

11. Em *segundo lugar*, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

12. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal⁶, que punem tanto o aborto provocado pela

⁵ CPP, Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime** e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁶ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento - Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro - Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. É o que se demonstrará a seguir.

13. Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

1. Violação a direitos fundamentais das mulheres⁷

14. A relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. A história da humanidade é a história da afirmação do

⁷ Há diversos trabalhos seminais nessa matéria tanto no Brasil como no exterior. No país, destacam-se os seguintes trabalhos: (i) Debora Diniz; Marcelo Medeiros, “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna”, *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, p. 959-966, 2010; (ii) Debora Diniz, Marilena Corrêa, Flávia Squinca, Kátia Soares Braga, “Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil.” *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 4, 2009; (iii) Jacqueline Pitanguy. “O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos.” In Griffin, Karen e Costa, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*, 1999; (iv) Flávia Piovesan, “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: Samantha Buglione (org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*, 2002, (v) Leila Linhares Barsted, “O movimento feminista e a descriminalização do aborto”, *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 2, 1997; (vi) Maria Isabel Baltar da Rocha, “A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese.”, *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*, v. 23, n. 2, 2006; (vii) Lucila Scavone, “Políticas feministas do aborto.”, *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, 2008; (viii) Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis, 2005. No exterior, v.: (i) Judith Jarvis Thomson, “A Defense of Abortion.” *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1, 1971; (ii) Kristin Luker, *Abortion & the Politics of Motherhood*, 1984; (iii) Ronald Dworking, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1994; (iv) Robin West, “From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights.” *The Yale Law Journal*, vol. 118, no. 7, 2009; (v) Ruth Bader Ginsburg, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”. *North Carolina Law Review*, vol. 63, 1985; (vi) Catherine Mackinnon, “Reflections on Sex Equality Under Law”. *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991; (vii) Francis Beckwith, “Personal Bodily Rights, Abortion, and Unplugging the Violinist.” *International Philosophical Quarterly*, vol. 32, no. 1, 1992; (viii) Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens, *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and controversies*, 2014; (ix) John Hart Ely, “The Wages of the Crying Woolf: A Coment on *Roe v. Wade*”. *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.

indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último procura conformar a moral social dominante. O produto deste embate milenar são os direitos fundamentais, aqui entendidos como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional.

15. Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral⁸ e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas⁹. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia.

16. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º)¹⁰. Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

17. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade¹¹.

⁸ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 29.

⁹ Luís Roberto Barroso, *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*, 2015. In: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>, acesso em 28 nov. 2016.

¹⁰ Note-se que embora o dispositivo faça referência aos direitos e garantias *individuais*, o entendimento dominante é no sentido de que a proteção se estende a todos os direitos materialmente fundamentais.

¹¹ Sobre o tema, v. Robert Alexy, *Teoria e los derechos fundamentales*, 1997, p. 111; Aharon Barak, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*; e Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 289-295.

18. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

19. A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões.

20. Passando da teoria à prática, é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana¹². O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

21. Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o *status* jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser

¹² Luís Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

23. Confiram-se, a seguir, os direitos fundamentais afetados.

1.1. Violação à autonomia da mulher

24. A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

25. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

1.2. Violação do direito à integridade física e psíquica

26. Em segundo lugar, a criminalização afeta a *integridade física e psíquica* da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, *caput* e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que

seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

1.3. Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

27. A criminalização viola, também, os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se e quando* deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.

28. O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório. Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos:

“§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”.

29. O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade

materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

1.4. Violação à igualdade de gênero

29. A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da *igualdade de gênero*. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres¹³. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”¹⁴.

1.5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

30. Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

31. Em suma: na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites

¹³ Cristina Telles, Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero, 2016, dissertação defendida no Mestrado em Direito Público da UERJ.

¹⁴ ADPF 54-MC, j. 20.10.2004.

constitucionalmente aceitáveis. No próximo capítulo, procede-se, de todo modo, a um teste de proporcionalidade, para demonstrar que, também por esta linha argumentativa, a criminalização não é compatível com a Constituição.

2. Violação ao princípio da proporcionalidade

32. O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

33. Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.

34. Feita esta breve introdução, e na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*).

2.1. Subprincípio da adequação

35. Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a

criminalização protege a vida do feto¹⁵. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal¹⁶. Recente estudo do *Guttmacher Institute* e da *Organização Mundial da Saúde* (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos¹⁷. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres¹⁸. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014¹⁹.

36. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento²⁰. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido²¹. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização²².

37. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o

¹⁵ Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens (org.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, 2014.

¹⁶ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

¹⁷ Gilda Sedgh et al., *Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends*, *The Lancet*, vol. 388, iss. 10041, 2016.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortions>>

¹⁹ Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>

²⁰ V. Susan A. Cohen, *New Data on Abortion Incidence, Safety Illuminate Key Aspects of Worldwide Abortion Debate*, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, disponível em: <<http://www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/4/gpr100402.html>>.

²¹ De acordo com relatório do governo brasileiro, “4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos realizados em condições inseguras, situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto no país”. V. Informe do Brasil no contexto do 20º aniversário da aprovação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, apresentado por ocasião da 59ª Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres, realizada na sede da ONU em Nova York, de 9 a 20/03/2015 (<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59/>), acesso em 29 nov. 2016.

²² Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens (org.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, 2014.

direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta²³. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

38. Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.

39. Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “*o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe*”²⁴, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminoso.

2.2. Subprincípio da necessidade

40. Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

41. Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros

²³ V. Verónica Undurraga, Op. cit. p. 86.

²⁴ Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203, note 25, at para. 189.

instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias²⁵. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal²⁶, na França²⁷ e na Bélgica²⁸.

42. Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar²⁹. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, *e.g.*, perder oportunidades de carreira)³⁰. Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

2.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

43. Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto.

²⁵ Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203; Reforma ao Código Penal de 1995.

²⁶ Portugal, Lei no 16/2007

²⁷ França, Código de Saúde Pública, Lei nº 2001-588/2001 e Código Penal.

²⁸ Bélgica, Código Penal de 1867 (reforma de 1990).

²⁹ Kristen Day, "Supporting pregnant women and their families to reduce the abortion rate". In: Robin West, Justin Murray, Meredith Esser (org.), *In search of common ground on abortion: From culture war to reproductive justice*, 2014; Dorothy Roberts, "Toward Common Ground on Policies Advancing Reproductive Justice". *Id.*

³⁰ Kristen Day, *Op. cit.* p. 144.

44. De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

45. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.

46. Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto³¹. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade³². De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

³¹ EUA, Suprema Corte dos EUA, *Roe. V. Wade*, 10 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).

³² Canadá, Suprema Corte de Justiça canadense, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno³³. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

48. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do *caput* do art. 312 do CPP.

III. CONCLUSÃO

49. Ante o exposto, concedo de ofício a ordem de *habeas corpus* para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corréus.

³³ Daniel Sarmiento, Legalização do aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.